

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF110065-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie  
Gerichtsschreiberin MLaw A. Schmoker.

## Urteil vom 15. August 2011

in Sachen

**A.** **GmbH,**

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **vorläufige Eintragung gesetzlicher Grundpfandrechte**

**(Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO)**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes Affoltern vom 3. Mai  
2011 (ES110003)

### **Erwägungen:**

1. Die Berufungsklägerin A.\_\_\_\_\_ GmbH hat als Bauhandwerkerin unter anderem mit dem Berufungsbeklagten am 14. September 2010 einen Werkvertrag geschlossen, welcher die Pfählung des Grundstücks des Berufungsbeklagten an der ...strasse ..., ... Z.\_\_\_\_\_, Parzelle ..., zum Inhalt hatte.

2. Mit Eingabe vom 2. März 2011 beantragte die Berufungsklägerin dem Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirkes Affoltern die vorläufige Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts mit einer Pfandsummer von Fr. 78'000.– nebst Zins zu 5% seit dem 16. Dezember 2010 auf der Parzelle ... in Z.\_\_\_\_\_. Überdies beantragte sie die vorläufige Vormerkung dieses Bauhandwerkerpfandrechts (act. 1). Mit Verfügung vom 7. März 2011 wies das Einzelgericht das Grundbuchamt G.\_\_\_\_\_ an, zugunsten der klagenden Partei ein Pfandrecht vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4).

Nach durchgeführter Hauptverhandlung wies das Einzelgericht mit Urteil vom 3. Mai 2011 das klägerische Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ab. Es wies das Grundbuchamt G.\_\_\_\_\_ an, das aufgrund der Verfügung vom 7. März 2011 zugunsten der klagenden Partei und zu lasten des Grundstücks der beklagten Partei vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht nach Eintritt der Rechtskraft seines Urteils vollumfänglich zu löschen (act. 21 = act. 24 = act. 26). Dagegen erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 20. Mai 2011 fristgerecht Berufung (act. 25). In ihrer Berufungsschrift beantragte sie, den vorinstanzlichen Entscheid aufzuheben und das provisorisch eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu ihren Gunsten zu bestätigen, überdies sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu gewähren (act. 25). Mit Präsidialverfügung vom 16. Juni 2011 trat die Kammer auf das Begehren der Berufungsklägerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht ein. In derselben Verfügung setzte sie der Berufungsklägerin Frist an, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss zu leisten (act. 29). Letzterer ging innert erstreckter Frist am 4. Juli 2011 bei der Obergerichtskasse ein (act. 34).

Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, wird in Anwendung von Art. 312 Abs. 1 ZPO auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet.

3. Vorliegend ist der Sachverhalt an sich nicht bestritten. Die Parteien anerkennen ihn so, wie ihn die Vorinstanz festgestellt hat. Strittig ist einzig, wie die Anbringung der 13 zusätzlichen Pfähle zwischen dem 9. und dem 16. Dezember 2010 zu qualifizieren ist und ob diese die Dreimonatsfrist, innert welcher gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes erfolgt sein muss, auslöst. Mithin ist einzig abzuklären, ob die dreimonatige Eintragsfrist vorliegend eingehalten wurde (vgl. act. 25 S. 6).

3.1 Die Vorinstanz führte dazu aus, im Dezember 2010 seien neben den im Werkvertrag vereinbarten, weitere Pfähle gesetzt worden. Diese seien aufgrund einer Empfehlung der C.\_\_\_\_\_ AG im Sinne einer Nachbesserungsarbeit erstellt worden, da die vorhandenen Pfähle nicht die geforderte Tragfähigkeit aufgewiesen hätten. Es sei für diese Ausführung kein neuer Werkvertrag entstanden, sondern es habe sich um Nachbesserungsarbeit gehandelt. Gemäss Lehre und Rechtsprechung würden solche Nachbesserungsarbeiten keine Arbeitsvollendung im Sinne von Art. 839 ZGB darstellen, sondern die Arbeit sei vollendet, wenn alle Verrichtungen, die Gegenstand des Werkvertrages bilden würden, ausgeführt seien. Wären nachträgliche geringfügige Ausbesserungen, Korrekturen sowie Nachbesserungen gemäss Art. 368 Abs. 2 OR für den Beginn des Fristenlaufs relevant, so könnte der Bauhandwerker den Beginn fast beliebig hinausschieben. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die Arbeiten gemäss Werkvertrag spätestens am 25. Oktober 2010 vollendet gewesen seien. Auch die klagende Partei selbst sei im Werkvertrag davon ausgegangen, dass die Arbeiten in 1-2 Wochen verrichtet seien. Überdies habe die klagende Partei in einem Schreiben vom 17. November 2010 an die B.\_\_\_\_\_ AG bestätigt, dass die Arbeiten auf der Baustelle am 20. Oktober 2010 mit Rücktransport auf der Baustelle erledigt worden seien. Insgesamt sei die Frist für die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes auf dem Grundstück der beklagten Partei nicht eingehalten worden, da als spätester Zeitpunkt der Vollendung der Arbeitsleistung durch die klagende Partei der

25. Oktober 2010 zu betrachten sei. Diese Frist wäre mithin am 26. Januar 2011 abgelaufen (act. 24 S. 7 f.).

3.2 In ihrer Berufungsschrift stellt sich die Berufungsklägerin dagegen auf den Standpunkt, die zwischen dem 13. und 16. Dezember 2010 zusätzlich eingebrachten Pfähle seien gemäss geotechnischer Stellungnahme unabdingbar, um den bestimmungsgemässen Gebrauch der Bodenfundation zu gewährleisten. Ohne die zusätzlichen Pfähle sei die Bebauung der Bodenfundation mit der geplanten Halle gar nicht erst möglich gewesen. Auch aus Sicherheitsgründen sei die Verstärkung der betroffenen Pfähle dringend geboten gewesen. Die im Dezember 2010 verrichteten Zusatzarbeiten seien somit ohne Weiteres als Vollendung des Werks zu betrachten. Die Auffassung der Vorinstanz, es handle sich hierbei lediglich um geringfügige Nachbesserungen i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR sei sachverhaltswidrig, vollkommen unbegründet und schlicht nicht haltbar. Die zusätzlich eingebrachten Pfähle würden zusammen mit den bereits im Oktober 2010 angebrachten ein zusammengehörendes Ganzes bilden, eine funktionelle Einheit. Dies belege auch der Umstand, dass für die zusätzlichen Pfähle kein neuer Werkvertrag geschlossen worden sei und diese dem Beklagten auch nicht separat in Rechnung gestellt worden seien. Es spiele keine Rolle, weshalb es zu den nachträglichen Vollendungsarbeiten gekommen sei. Relevant sei alleine, dass sie vorgenommen worden seien. An der Auffassung, dass es sich um Vollendungsarbeiten handle, ändere nichts, dass im Rahmen der Korrespondenz zwischen den Parteien sowie in der geotechnischen Stellungnahme jeweils von "Nachbesserung" die Rede gewesen sei. Aus der Verwendung dieses Begriffes könne nicht geschlossen werden, dass die nachträgliche Einbringung der Zusatzpfähle von untergeordneter Bedeutung i.S.v. 368 Abs. 2 OR gewesen wären (act. 25 S. 7 ff.).

4.1 Nachbesserungsarbeiten werden vom Unternehmer ausgeführt, wenn er entweder vom Besteller in Ausübung seines Gestaltungsrechts gemäss Art. 368 Abs. 2 OR dazu verpflichtet worden ist, oder wenn er sein ihm allenfalls gestützt auf Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 zustehendes Vorrecht auf Nachbesserung ausübt. In beiden Fällen führt der Unternehmer zwar Bauarbeiten aus. Er schuldet diese jedoch unentgeltlich. Er besitzt deshalb keinen Vergütungsanspruch und

deshalb auch keinen Pfandanspruch für als Nachbesserungsarbeiten geleistete Bauarbeiten. Hat sich der Besteller hingegen an den Nachbesserungsarbeiten wegen Mitverschuldens zu beteiligen, besitzt der Unternehmer Anspruch darauf, dass der entsprechende Vergütungsanspruch gegenüber seinem Besteller durch ein Baupfand gesichert wird. Hingegen besitzt er keinen Baupfandanspruch für ein allfälliges Regressrecht gegen einen Nebenunternehmer. Für die "Sowieso-Kosten", die der Besteller auch bei ursprünglich mängelfreier Bauausführung hätte tragen müssen, besitzt der Unternehmer ebenfalls einen Vergütungsanspruch, der pfandberechtigt ist. Selbstverständlich besitzt der Unternehmer einen Vergütungsanspruch und damit auch einen Baupfandanspruch für Bauarbeiten, die er zusätzlich zu den Nachbesserungsarbeiten auszuführen hat. Allerdings kann der Unternehmer dann nur für seinen allfälligen (neuen) Vergütungsanspruch das Bauhandwerkerpfandrecht beanspruchen und nicht für die bereits vollendeten Bauarbeiten, falls für diese die Dreimonatsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB bereits verstrichen ist. Denn der Unternehmer darf aus seinem eigenen Verhalten (Versäumnis der Dreimonatsfrist und Schlechterfüllung des Vertrages) keinen inadäquaten Nutzen ziehen (Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., 2008, N 455).

4.2 Der Werkvertrag vom 14. September 2010 sieht die Rammung von vorfabrizierten Betonrammpfählen zum Pauschalpreis von Fr. 78'000.– vor. Gemäss diesem Vertrag war innerhalb von 1-2 Wochen, beginnend ab dem 4. Oktober 2010, die Rammung von insgesamt 171 Pfählen geplant (act. 3/1 S. 2). Laut Planprotokoll der Berufungsklägerin wurden schliesslich 145 Pfähle eingebaut (act. 14/4). Die Arbeiten erfolgten gemäss den Arbeitsrapporten zumindest teilweise zwischen dem 4. Oktober 2010 und dem 8. Oktober 2010 (act. 3/4), spätestens jedoch vor dem 25. Oktober 2010 (act. 14/4).

Der Beklagte liess anlässlich der Verhandlung vor Vorinstanz ausführen, die Arbeiten vom Dezember 2010 seien nicht ordentlicher Inhalt des Werkvertrages vom 14. September 2010 gewesen, sondern Arbeiten zur Mängelbehebung und damit reine Nachbesserungsarbeiten (act. 18). Dem hat die Berufungsklägerin nie substantiiert widersprochen, vielmehr hat sie selbst anlässlich der vorinstanzli-

chen Verhandlung erklärt, der Beklagte habe mit Erhebung der Mängelrüge zur Nachbesserung aufgerufen (Prot. VI. S. 5). Die 13 weiteren Pfähle seien aufgrund des Gutachtens "nachgebohrt" worden. Die Nachbesserung dürfe denn auch nicht losgelöst vom ganzen Werkvertrag betrachtet werden. Erst nach der Erhebung der Mängelrüge und nach Erstellung des Gutachtens habe Klarheit darüber geherrscht, wie das Werk auf diesem Boden konkret ausgestaltet sein müsse. Die Nachbesserung sei erst auf Grund dieser Feststellungen erfolgt. Die Klägerin habe konsequenterweise die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes nicht nur im Umfang der 13 "nachgebesserten" Pfähle, sondern für den gesamten Werklohn gefordert, da mit der nachträglichen Setzung der "Zusatzpfähle" kein neuer Werkvertrag entstanden sei (Prot. VI. S. 5). Die anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung gemachten Aussagen erhellen, dass auch die Klägerin davon ausging, der Werkvertrag sei grundsätzlich ohne die zusätzlichen 13 Pfähle vollständig erfüllt worden. In diesem Sinne kann es sich bei der Rammung derselbigen einzig um unentgeltlich zu erfüllende Nachbesserungsarbeiten handeln, egal, wie essentiell sich diese Arbeiten für die Tauglichkeit des Werkes gestalten.

Die Berufungsklägerin hat überdies nie geltend gemacht, sie habe nach der Rammung der ersten 145 Pfähle einen Arbeitsunterbruch eingelegt und hätte nach einer Pause weitere Arbeiten wieder aufnehmen wollen. Auch macht sie nicht geltend, dass das geologische Gutachten Teil des Werkvertrages bilde und zwischen den Parteien vereinbart worden sei, dass anhand dieses Gutachtens abgeschätzt werden würde, wie viele Pfähle insgesamt eingerammt werden müssten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Werk bereits im Oktober 2010 vollendet und dem Werkbesteller "übergeben" worden war. Eine Ablieferung an den Besteller wurde von der Berufungsklägerin dann auch nie in Frage gestellt. In einer E-Mail vom 1. November 2010 und damit vor Rammung der 13 weiteren Pfähle, erklärte die Berufungsklägerin, die letzten Bohrpfähle seien am 15. Oktober 2010 betoniert worden. In derselben E-Mail hielt sie überdies fest, laut Pfahlprotokoll seien "die Pfähle und dessen Tragkraft erfüllt und die Baustelle könne laut Bauingenieur D. \_\_\_\_\_ erstellt werden" (act. 14/5). Dass auch die Berufungsklägerin von der Vollendung des Werkvertrages ausging, tritt zudem deutlich aus ihrem Schreiben vom 17. November 2010 hervor. In diesem teilt sie dem

Beklagten mit, die Arbeiten auf der Baustelle seien am 20. Oktober 2010 mit Rücktransport auf der Baustelle erledigt worden (act. 14/10). Diese Ansicht bestätigte die Klägerin in ihrem Schreiben vom 28. Dezember 2010 erneut, wobei sie ausführte, dass "die Flächenfundation per Okt. 2010 nach Bauprogramm laut Pfahlplan Nr. 02 und Statik Ing. Büro E.\_\_\_\_\_ (siehe Pfahlprotokoll) auf die Moräne abgestellt und somit erfüllt worden" sei (act. 14/13).

Unbestritten und belegt ist zudem, dass die F.\_\_\_\_\_ AG bereits am 25. Oktober 2010 Mängelrüge erhoben hat (act. 14/3). Am 24. November 2010 wurde die geotechnische Stellungnahme erstellt (act. 14/11). Gestützt darauf teilte die F.\_\_\_\_\_ AG der Berufungsklägerin am 6. Dezember 2010 mit, sie bestehe auf einer Mängelbeseitigung innert Frist von 10 Tagen ohne Kostenfolge für den Bauherrn, andernfalls werde ein Dritthandwerker damit beauftragt, zu Lasten der Klägerin die in der geotechnischen Stellungnahme geforderten Pfähle zu erstellen (act. 14/12). Dieses Vorgehen ist im Werkvertrag vom 14. September 2010 unter Punkt 17 für dringende Nachbesserungsarbeiten so vorgesehen (act. 3/1).

Aus dem Schreiben der Berufungsklägerin vom 28. Dezember 2010 wird deutlich, dass die Zusatzpfählung im Dezember 2010 einzig aufgrund des erstellten Prüfungsberichtes erfolgte. Die Berufungsklägerin erklärt in diesem Schreiben, "nach dem erstellten Prüfungsbericht" habe die Bauherrschaft via Bauleitung und Ing. Büro sowie C.\_\_\_\_\_ AG, Zusatzpfähle für den Bereich 800 kN und im Bereich Nr. 41-47 verlangt. Diese zusätzlichen Pfähle seien laut Angaben Ing. Büro, C.\_\_\_\_\_ AG und Kontrolle der Bauherrschaft/Bauleitung ab 09.12.2010 bis 17.12.2010 erstellt worden (act. 14/13).

Dies alles lässt unzweifelhaft darauf schliessen, dass auch die Berufungsklägerin grundsätzlich davon ausging, den Werkvertrag vor Setzung der 13 nachträglichen Pfähle vollständig erfüllt zu haben. Die Nachpfählung erfolgte einzig aufgrund der Mängelrüge des Beklagten und der daraus resultierenden Begutachtung. Es wäre demzufolge stossend, für die Frist zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes auf die Nachpfählung abzustellen. Die Klägerin stellte dann auch bereits am 4. November 2010 und damit vor Rammung der 13 weiteren Pfähle Rechnung für den Restbetrag des Pauschalpreises (act. 3/6).

Der im Rahmen des Berufungsverfahrens nun von der Berufungsklägerin vertretene Standpunkt, die zwischen dem 13. und dem 16. Dezember 2010 angebrachten Pfähle seien unabdingbar gewesen, um den bestimmungsgemässen Gebrauch der Bodenfundation zu gewährleisten, weshalb es sich nicht um geringfügige Nachbesserungen i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR handeln könne, ist nicht haltbar. Wird ein Werk abgeliefert, stehen dem Besteller die Gewährleistungsrechte zu. Eine Ablieferung kann durchaus auch dann erfolgen, wenn das Werk mangelhaft ist. Die Ablieferung setzt voraus, dass sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt, das Werk also fertig gestellt ist. Massgebend ist dabei, ob der Unternehmer ein fertiges, gebrauchsfähiges Werk abgeliefert hat und der Besteller erkennen konnte, dass die Arbeiten beendet sind und er demzufolge gehalten ist, das Werk zu prüfen. Ablieferung erfolgt bei Bauarbeiten auf Grund und Boden in der Regel durch die Mitteilung des Unternehmers, dass er das Werk als beendet betrachtet. Die Fertigstellung kann der Unternehmer (konkludent) auch durch Übersendung der Schlussrechnung erklären (vgl. BSK OR I-Zindel/Pulver, 4. Aufl., Art. 367 N 3 f.). Wie oben eingehend ausgeführt, ist aufgrund aller Umstände davon auszugehen, dass auch die Berufungsklägerin davon ausging, die Pfählungsarbeiten bereits im Oktober 2010 vollendet zu haben. Belegt wird dies auch durch den Umstand, dass sie die Akontorechnung betreffend des zweiten und letzten Betrages der vereinbarten Vertragssumme bereits am 4. November 2011 an die Bestellerin versandte (act. 14/9).

4.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die im Dezember 2011 ausgeführten Pfählungen - unbesehen ihrer Erheblichkeit für das Werk - nach Abgabe des Werkes im Rahmen der Gewährleistungspflicht und damit unentgeltlich erbracht wurden. Für die Auslösung der Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZBG sind sie demnach nicht massgebend.

Die Berufungsklägerin vermag somit die Einhaltung der Eintragsfrist für ein Bauhandwerkerpfandrecht nicht glaubhaft darzulegen, weshalb die Berufung vollumfänglich abzuweisen ist.

5. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Berufungsklägerin aufzuerlegen. Auszugehen ist von einem Streitwert von Fr. 78'000.-, weshalb in



Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2, § 4 Abs. 1 und § 8 GebV OG für das vorliegende Berufungsverfahren eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'900.– festzusetzen ist. Mangels ihm entstandener erheblicher Umtriebe ist dem Beklagten keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung gegen das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirkes Affoltern vom 3. Mai 2011 wird abgewiesen und dieser Entscheid wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 3'900.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Es wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage von act. 25, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht des Bezirkes Affoltern, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 78'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw A. Schmoker

versandt am: